

Meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap: een persoonlijke ontboezeming

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck¹

1. Inleiding

In het voorjaar van 2014 werd ik gebeld door Lies Punselie² namens het Ministerie van Veiligheid en Justitie met de vraag of ik als lid wilde toetreden tot de in te stellen Staatscommissie Herijking Ouderschap (hierna: SHO). Hierover hoefde ik niet lang na te denken. Het ging om belangrijke thema's als meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap, waarover de SHO de (Staatssecretaris, maar uiteindelijk de) Minister van Veiligheid en Justitie binnen twee jaar advies moest uitbrengen. Ik wist dat dit een tijdrovende klus zou worden, maar tegen zo'n verzoek kan men geen nee zeggen. Het was echt een uitdaging om over dergelijke maatschappelijk belangrijke thema's te mogen adviseren tezamen met andere juristen, maar ook met niet-juristen. Uiteindelijk heeft de SHO ruim twee en een half jaar nodig gehad om tot haar rapport te komen.³ In het hierna volgende schets ik de persoonlijke worsteling die ik met de onderhavige materie, in het bijzonder met meerouderschap en meeroudergezag, heb doorgemaakt. Ik benadruk dat ik deze bijdrage op persoonlijke titel schrijf. De SHO is met ingang van 1 januari 2017 opgeheven,⁴ zodat ik sindsdien niet meer als lid van de SHO spreek, maar hieraan voeg ik onmiddellijk toe dat mijn persoonlijke opvatting als hoogleraar over alle onderwerpen van het rapport niet afwijkt van mijn opvatting als lid van de SHO. Juist omdat afstamming en gezag de kern van het personen- en familierecht betreffen en ook altijd de warme belangstelling van mijn zeer gerespecteerde Tilburgse collega Paul Vlaardingerbroek hebben gehad, wilde ik graag over deze onderwerpen schrijven in de bundel die hem nu ter gelegenheid van zijn emeritaat wordt aangeboden.

2. Meerouderschap en meeroudergezag: van tegenstander naar voorstander

¹ Hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en lid Staatscommissie Herijking Ouderschap (2014-2016).

² Mr. dr. E.C.C. Punselie, secretaris Staatscommissie Herijking Ouderschap.

³ *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, Den Haag: Xerox/OBT 2016, ISBN 9789082152760 (hierna: rapport). Van het rapport is een aparte samenvatting onder dezelfde titel verschenen, ISBN/EAN 9789082152777. Het rapport is op 7 december 2016 in Nieuwspoort aangeboden aan de Minister van Veiligheid en Justitie en 's middags op het Ministerie van Veiligheid en Justitie toegelicht door een aantal leden van de SHO. Zelf mocht ik de onderdelen juridisch ouderschap en gezag toelichten (rapport, hoofdstukken 6 en 7, p. 155-255).

⁴ Rapport, bijlage VI, p. 605-609, waarin is opgenomen de Regeling instelling staatscommissie Herijking ouderschap (Regeling van 28 april 2014, nr. 512296, houdende instelling van een staatscommissie Herijking ouderschap, *Stcrt.* 2014, 12556 en *Kamerstukken I* 2015/16, 33032, I) met toelichting. Zie in het bijzonder de art. 4 en 6 van deze regeling, waaruit blijkt dat de werkzaamheden van de SHO hebben geduurd van 1 mei 2014 tot en met 31 december 2016, dus twee jaar en acht maanden (rapport, p. 606-607).

In mijn onderwijs tot het voorjaar van 2014 heb ik nooit onder stoelen of banken gestoken dat ik een tegenstander was van een wettelijke regeling van de nieuwe fenomenen meerouderschap en meeroudergezag. Een kind behoort nooit meer dan twee juridische ouders en ook nooit meer dan twee gezagsdragers te hebben. Het personen- en familierecht, in het bijzonder het afstammings- en gezagsrecht, is al lastig genoeg en met een wettelijke regeling van deze nieuwe rechtsfiguren zou dit rechtsgebied nog veel gecompliceerder worden. Bovendien gaat het om relatief weinig kinderen en kunnen de advocaat en de notaris in de rechtspraktijk hun cliënten maatwerk leveren door middel van het opstellen van allerlei contractuele regelingen. Zo heb ik gedurende lange tijd geredeneerd, zij het dat ik hierover nog niet had gepubliceerd in de vakbladen. Het is bij uitlatingen tijdens reguliere en postacademische onderwijsbijeenkomsten gebleven. Toen het 1 mei 2014 was geworden en ik als lid van de SHO was aangetreden, voelde ik mij niet meer vrij om over deze onderwerpen te schrijven. Als lid van de SHO was ik uiteraard verplicht geheimhouding te betrachten over datgene wat tijdens de vergaderingen van de SHO werd besproken. Ik heb dit als een erg moeilijke periode ervaren en ik ben dan ook heel blij dat ik mij nu vrijelijk kan uitlaten over de thema's waarover de SHO de regering heeft geadviseerd. Ik leg graag uit waarom ik in de loop van de afgelopen drie jaar duidelijk van opvatting ben veranderd. Ik heb dit al in het openbaar gedaan tijdens mijn presentatie op het Ministerie van Veiligheid en Justitie op 7 december 2016, nadat de voorzitter van de SHO, Aleid Wolfsen, het rapport had aangeboden aan minister Van der Steur,⁵ maar ik acht het van groot belang dat de herziening van mijn standpunt ook zwart op wit staat.

Laat ik vooropstellen dat vooral twee factoren mij van mening hebben doen veranderen. Allereerst zijn dit de persoonlijke verhalen geweest van de volwassenen en de kinderen die de SHO heeft gesproken tijdens de diverse hoorzittingen die zij heeft georganiseerd.⁶ Ik kan dit niet beter tot uitdrukking brengen dan door de laatste volzin uit het woord vooraf van de voorzitter van de SHO te citeren: 'Toch denk ik dat wij het meest zijn geïnspireerd en overtuigd door de vaak zeer persoonlijke, integere en openhartige verhalen van de mensen en kinderen die het levende gezicht van die gewijzigde maatschappelijke opvattingen zijn', nadat de voorzitter hieraan voorafgaand had geconstateerd dat de SHO zich bij haar werk zeer aangemoedigd voelde door het gegeven dat ook 'in de politiek' en bij de wetgever breed de opvatting leefde dat met betrekking tot de onderwerpen meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap het personen- en familierecht op fundamentele punten niet meer in overeenstemming is met de maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen.⁷

Vervolgens is dit het belang van het kind geweest, niet alleen vanuit de juridische, maar ook – en vooral – vanuit de pedagogische wetenschap gezien. Het was naar mijn mening een heel goed idee van het ministerie om naast zes juristen ook vier niet-juristen zitting in de SHO te laten nemen, te weten

⁵ Zie voetnoot 3.

⁶ Rapport, bijlage III, p. 567-572, waarin is opgenomen een – niet uitputtende – lijst van personen die zijn gesproken door de SHO. Zie in het bijzonder ook rapport, p. 88, over de gesprekken op 20 maart 2015 met in totaal 42 personen.

⁷ Rapport, woord vooraf, p. 4.

een ethicus, een medicus, een pedagoog en een socioloog.⁸ Een dergelijke brede samenstelling van de SHO heeft het gezichtsveld van haar afzonderlijke leden verruimd, waardoor zij gemakkelijker over de grenzen van hun eigen vakgebied heen hebben kunnen kijken. Dit is zeer verrijkend gebleken. Wat mij persoonlijk betreft betekent dit concreet dat ik minder star ben blijven vasthouden aan bepaalde juridische uitgangspunten. Voor de invulling van het belang van het kind heb ik vooral geluisterd naar de inbreng van de collega's vanuit de kinderrechten en vanuit de pedagogiek. Het belang van het kind is een abstract begrip en vraagt telkens om een concrete invulling. Dat is nu precies wat de SHO heeft gedaan: proberen bij elk van de drie onderwerpen meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap aan te geven wat nu concreet het belang van het kind inhoudt. De titel van het rapport is in dit verband veelzeggend: het kind staat voorop. Vanaf de aanvang van de werkzaamheden van de SHO was duidelijk dat de belangen en de rechten van het kind hoofdstuk 1 van haar rapport moesten vormen.⁹ Het belang van het kind keert vervolgens als een rode draad in alle volgende hoofdstukken van het rapport terug. Sterker nog: door de focus op het belang van het kind te houden kon de SHO gemakkelijker tot unanimiteit in haar besluitvorming komen, hetgeen zeer bijzonder mag worden genoemd, gelet op het grote aantal leden met een verschillende achtergrond en belangstelling. Ik laat de voorzitter van de SHO weer aan het woord: 'Als er één aspect was dat in de beraadslagingen steeds weer de hoofdrol speelde en ons tijdens indringende discussies richting gaf, dan was het wel de centrale positie van de belangen en de rechten van het kind. Dit uitgangspunt verbond nagenoeg direct de uit zeer verschillende disciplines en beroepsgroepen afkomstige leden, en dat dan in combinatie met de belangrijke morele waarden van vrijheid, gelijkheid, gelijkwaardigheid en het morele uitgangspunt dat mensen vanzelfsprekend zoveel als mogelijk zelf hun eigen leven mogen bepalen, zolang zij de belangen en de rechten van kinderen en anderen niet schaden'.¹⁰ Zo was het inderdaad!

Zeer waardevol vind ik persoonlijk de inbreng vanuit de pedagogische wetenschap van de zeven kernen van goed ouderschap. Wat mij betreft mogen deze zeven pijlers meteen in art. 1:247 BW worden opgenomen, al zal het straks wel blijven bij een vermelding op een prominente plaats in de memorie van toelichting op een te vervaardigen wetsvoorstel. Het gaat om:

1. een onvoorwaardelijk persoonlijk 'commitment' (zelf prefereer ik 'sterke betrokkenheid');
2. continuïteit in de opvoedingsrelatie;
3. verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn;
4. opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie;
5. het organiseren en monitoren van de opvoeding in het gezin, op school en in het publieke domein;
6. zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit van het kind;
7. zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen.

⁸ Rapport, bijlage VII, p. 611-613, waarin de samenstelling van de SHO is opgenomen (Regeling van 28 april 2014, nr. 512297, *Stcrt.* 2014, 12557).

⁹ Rapport, hoofdstuk 1, p. 21-46, waarin belangen en rechten van het kind zijn besproken.

¹⁰ Rapport, woord vooraf, p. 3.

Naar het oordeel van de SHO vormen deze zeven kernen een invulling van het belang van het kind.¹¹

Uiteraard is in dit verband ook van groot belang het antwoord op de vraag wat nu eigenlijk een gezin is. Enerzijds zou men verwachten dat in Boek 1 BW de term ‘gezin’ wel is gedefinieerd, nu deze voorkomt in bijvoorbeeld de art. 1:82, 249, 253l lid 1, 253s lid 1, 336a lid 1, 395 en 395a lid 2 BW, dus in het huwelijksvermogensrecht, in het gezagsrecht en in het alimentatierecht. Anderzijds wist iedereen bij de totstandkoming van Boek 1 BW in 1970 wel wat een gezin was, te weten een samenlevingsverband van een volwassen man en een volwassen vrouw, die meestal met elkaar zijn gehuwd, terwijl zij een of meer (minderjarige) kinderen verzorgen en opvoeden (in geval van jongmeerderjarige kinderen moet ‘verzorging en opvoeding’ worden vervangen door ‘levensonderhoud en studie’). Ook in art. 12 EVRM, dat bepaalt dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen, ontbreekt een definitie van ‘gezin’. Gelet op het jaar van totstandkoming van dit verdrag, 1950, is dit ook wel logisch, want ook toen ging men meestal uit van de zojuist gegeven definitie. In de 21^{ste} eeuw komen echter vele soorten gezinnen voor, te weten naast de traditionele gezinnen (in de zin van de zojuist gegeven definitie) ook allerlei niet-traditionele gezinnen, zoals eenoudergezinnen, samengestelde gezinnen (fusiegezinnen), gezinnen van ouders van gelijk geslacht (regenbooggezinnen), meergeneratiegezinnen, stiefgezinnen, pleeggezinnen, adoptiegezinnen enz. Het werd dus de hoogste tijd om ook de term ‘gezin’ te herijken. Hiernaar hoefde de SHO niet lang te zoeken, want reeds in het parlementaire jaar 1995/96 heeft de toenmalige regering een zeer bruikbare definitie van ‘gezin’ gegeven. Juist omdat een wettelijke definitie ontbreekt, ligt het voor de hand deze definitie te hanteren, omdat zij voorkomt in een notitie van de toenmalige regering over de maatschappelijke positie en de functie van het gezin.¹² Deze definitie luidt als volgt: ‘elk leefverband van één of meer volwassenen die verantwoordelijkheid dragen voor de verzorging en opvoeding van één of meer kinderen’. De SHO heeft deze definitie onmiddellijk omarmd en in haar eigen begrippenlijst opgenomen, temeer omdat deze definitie alle hierboven genoemde gezinnen, zowel traditionele als niet-traditionele gezinnen, omvat.¹³

Het is een gegeven dat veel kinderen thans opgroeien in niet-traditionele gezinnen. Ook deze kinderen hebben zonder meer recht op bescherming van hun familie- en gezinsleven en van hun privéleven op grond van art. 8 EVRM. Dat het om relatief weinig kinderen gaat, doet niet ter zake. In absolute zin gaat het naar schatting om enkele tienduizenden kinderen.¹⁴ De Nederlandse Staat is naar

¹¹ Rapport, hoofdstuk 1, p. 41-46. Zie ook rapport, hoofdstuk 5, p. 141-153, waarin pedagogische gezichtspunten naar voren komen.

¹² *Kamerstukken II* 1995/96, 24887, 1, p. 1 (notitie over de maatschappelijke positie en de functie van het gezin).

¹³ Rapport, bijlage II, p. 559-564, waarin de door de SHO gehanteerde begrippen zijn opgenomen. Zie voor de definitie van gezin rapport, p. 561. Persoonlijk hecht ik zeer veel waarde aan deze begrippenlijst. Recht is immers taal en binnen de juridische wetenschap staat of valt alles met correct jargon. Heldere definities zijn altijd, overal en onder alle omstandigheden vereist.

¹⁴ Rapport, hoofdstuk 3, p. 65-96, waarin maatschappelijke ontwikkelingen – ook in cijfers – zijn beschreven.

internationaal recht gewoon verplicht ook deze kinderen volledige rechtsbescherming te bieden. Bovendien heeft het recht een ordenende en dienende functie en moet het zich aanpassen aan gewijzigde maatschappelijke opvattingen. Het hierboven tegen nieuwe wetgeving betreffende meerouderschap en meeroudergezag aangevoerde argument dat de advocaat en de notaris in de rechtspraktijk contractuele regelingen kunnen treffen, zodat deze wetgeving overbodig is, snijdt geen hout, omdat de wetgever nu eenmaal op het gebied van afstamming en gezag – onderwerpen van openbare orde – de kaders moet stellen waarbinnen men tot op zekere hoogte juridisch bindende afspraken moet kunnen maken. Weliswaar is ook binnen het personen- en familierecht sprake van een toenemende mate van contractualisering (men denke bijvoorbeeld aan het ouderschapsplan), maar het is wel degelijk de wetgever zelf die grenzen aan de contractsvrijheid moet stellen en de kaders moet aangeven waar men niet buiten mag treden. Daarom is een wettelijke regeling van meerouderschap en meeroudergezag aangewezen, mede gelet op relevante uitgangspunten van wetgeving.¹⁵ Dit is dus geen tegemoetkoming aan de wensen van de homobeweging, zoals door sommigen wel is gesuggereerd vlak na de presentatie van het rapport van de SHO op 7 december 2016, maar een noodzakelijke wettelijke regeling ter bescherming van de rechtspositie van kinderen in niet-traditionele gezinnen teneinde recht te doen aan hun belangen. Kritiek op het rapport van de SHO is natuurlijk mogelijk en zelfs ook wenselijk, zodat hiermee rekening kan worden gehouden in een eventueel vervolgtraject waarin een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer zal worden ingediend, maar kritiek van personen die onmiddellijk na de presentatie van het rapport hebben gereageerd, kan ik niet serieus nemen, omdat dan duidelijk is dat deze personen niet het gehele rapport hebben gelezen. Als men de moeite neemt het gehele rapport te lezen (ik geef toe dat het geen sinecure is om maar liefst 640 pagina's door te ploegen), komt men tot de conclusie dat ook de SHO heeft geworsteld met meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap. Juist omdat zij na het horen van vele maatschappelijke organisaties en andere belanghebbenden alle argumenten voor en tegen een wettelijke regeling van deze drie fenomenen uiterst zorgvuldig tegen elkaar heeft afgewogen en ook omdat de materie zeer complex is, mede vanwege de medische, ethische en internationaal privaatrechtelijke aspecten hiervan,¹⁶ is het rapport zo'n omvangrijk boekwerk geworden. Hiermee heeft de SHO echter wél een volledig inzicht in haar gedachtegang gegeven, hetgeen mij niet onbelangrijk lijkt.

3. Begrippen 'meerouderschap', 'meeroudergezag/meerpersoonsgezag' en noodzakelijke waarborgen

¹⁵ Rapport, hoofdstuk 2, p. 49-63, waarin uitgangspunten van wetgeving zijn besproken.

¹⁶ Rapport, hoofdstuk 4, p. 99-139, waarin medische ontwikkelingen en ethische vragen zijn besproken, alsmede rapport, hoofdstuk 10, p. 329-369, waarin ouderschap, gezag en draagmoederschap in internationaal privaatrechtelijk perspectief zijn behandeld.

Nieuwe rechtsfiguren impliceren nieuwe terminologie. Fraai Nederlands leveren deze nova helaas niet op: zelf ben ik ook niet echt gecharmeerd van nieuwe termen als ‘meerouderschap’, ‘meerouderschapsovereenkomst’, ‘meeroudergezag’ (omdat ook niet-ouders gezag kunnen uitoefenen, is ‘meerpersoonsgezag’ de meeromvattende term), ‘meerpersoonsgezagsovereenkomst’, ‘draagmoederschapsovereenkomst’¹⁷ enz. Feitelijk zijn de termen ‘meerouderschap’ en ‘meeroudergezag’ onjuist, omdat ook in geval van twee ouders sprake is van meerouderschap en meeroudergezag. ‘Meer’ betekent immers ‘meer dan één’, maar men bedoelt in dit verband ‘meer dan twee’. Hier doet zich dus hetzelfde probleem voor als met de ‘meerpartijenovereenkomst’, ook een term die in de rechtspraktijk vaak wordt gebruikt, maar die niet in de wet voorkomt. Art. 6:279 lid 1 BW spreekt immers over ‘overeenkomsten waaruit tussen meer dan twee partijen verbintenissen voortvloeien’ en niet over ‘meerpartijenovereenkomsten’. De SHO heeft aansluiting gezocht bij dit praktijkgebruik, hetgeen voor de hand ligt, omdat ook de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Minister voor Wonen en Rijksdienst in art. 2 onder b Regeling van 28 april 2014, nr. 512296, houdende instelling van een staatscommissie Herijking ouderschap, spreken over ‘meerouderschap en meeroudergezag’.¹⁸ Niettemin achtte de SHO het verstandig om ieder misverstand hierover uit te sluiten en deze termen op te nemen in haar begrippenlijst.¹⁹ Zij heeft ‘meerouderschap’ gedefinieerd als ‘situatie waarin een kind meer dan twee juridische ouders heeft’ en ‘meeroudergezag/meerpersoonsgezag’ als ‘situatie waarin meer dan twee personen (een vorm van) gezag over een minderjarig kind uitoefenen’.²⁰

De SHO is – wat de uitgangspunten voor juridisch ouderschap en gezag betreft²¹ – van mening dat ouderschap en ouderlijke verantwoordelijkheid kunnen zijn gebaseerd op de genetische band en/of de intentie van de betrokken volwassenen met het kind. Beide grondslagen spelen een gelijkwaardige rol bij de toekenning van ouderlijke verantwoordelijkheid. Voor alle betrokkenen is de genetische band van belang, maar voor de kwaliteit van de opvoeding is de genetische band niet bepalend. Een kind heeft belang bij ouders die bewust verantwoordelijkheid voor zijn verzorging en opvoeding nemen. Ouderschap en gezag moeten hiermee dus zoveel mogelijk bewuste keuzes van betrokkenen zijn. Juist omdat in de visie van de SHO de genetische band en de intentionele band gelijkwaardig zijn, is meerouderschap ook denkbaar. Dit komt in de praktijk nu al volop voor. Kinderen die in een dergelijke situatie opgroeien, hebben op grond van art. 8 EVRM recht op volledige bescherming van hun familie- en gezinsleven met alle betrokken volwassenen, ook als dit er meer dan twee zijn. Het mogelijk maken dat deze personen een juridische ouderschapsband met het kind kunnen vestigen, maakt zekerder dat het kind en de ouders ook tijdens het opgroeien van het kind met elkaar verbonden

¹⁷ Draagmoederschap bespreek ik hierna apart onder punt 4.

¹⁸ Zie voetnoot 4.

¹⁹ Zie voetnoot 13.

²⁰ Rapport, p. 562.

²¹ Rapport, hoofdstuk 6, p. 155-209, waarin juridisch ouderschap is besproken, alsmede rapport, hoofdstuk 7, p. 211-255, waarin gezag is besproken. Zie ook rapport, hoofdstuk 9, p. 301-327, waarin opvoeders, verzorgers en ouders zonder gezag aan de orde komen.

blijven. Waar meer dan twee personen tezamen met het kind een gezin vormen, zal het doorgaans ook wenselijk zijn dat deze personen gezamenlijk het gezag over het kind uitoefenen, hetgeen leidt tot meeroudergezag/meerpersoonsgezag. Dit biedt erkenning van de gelijkwaardige positie die zij ten opzichte van het kind en ten opzichte van elkaar hebben, en ook duidelijkheid voor het kind. Een en ander moet echter ook weer niet al te gemakkelijk worden gemaakt. Waarborgen zijn zonder meer noodzakelijk. Het gaat hier wél om de kern van het personen- en familierecht, te weten afstamming en gezag, waarbij de status van natuurlijke personen en de rechtszekerheid in het geding zijn. De SHO heeft dan ook terecht een aantal waarborgen geformuleerd:

1. het belang van het kind staat – als altijd – voorop;
2. een meerouderschapsovereenkomst moet worden aangegaan;
3. er zijn maximaal vier juridische ouders, die in maximaal twee huishoudens het kind verzorgen en opvoeden;
4. de betrokken vier volwassenen zijn de geboortemoeder, haar levensgezel, de genetische ouders (zaaddonor en eiceldonor) en hun levensgezel;
5. een bijzondere curator vertegenwoordigt het toekomstige kind;
6. een rechterlijke toets is vereist en moet zijn afgerond vóór de geboorte van het kind.

Natuurlijk is het maximumaantal van vier juridische ouders arbitrair, maar uit ervaring – ook vanuit de pedagogiek – is bekend dat een aantal van vier ouders voor veel kinderen is te behappen. Daarom heeft de SHO niet verder willen gaan. Door de keuze voor de onder punt 4 genoemde personen beperkt men de complexiteit van het verhaal voor kinderen, want voor iedere aldaar genoemde persoon bestaat een duidelijk verhaal waarom deze juridisch ouder is. Het moet voor het kind overzichtelijk blijven.

Uiteraard bestaat – ook bij de SHO – vrees voor een toenemende kans op conflicten, maar evengoed bestaat een toenemende kans op oplossingen. Hierbij vereist de SHO dat de betrokken volwassenen vooraf uitgebreid afspraken maken over het meerouderschap én over de wijze waarop zij met conflicten zullen omgaan. Dit kunnen geen simpele standaardafspraken zijn. Het besluitvormingsproces wordt immers getoetst door de bijzondere curator, die hierover verslag doet aan de rechter. Het rechterlijk oordeel is wat de SHO betreft noodzakelijk en onmisbaar.

De belangrijkste rechtsgevolgen van het meerouderschap zijn de volgende:

1. het kind heeft een gelijke erfrechtelijke positie in de nalatenschap van alle ouders;
2. het kind heeft de geslachtsnaam van één van de ouders;
3. er is nationaliteitsgevolg;
4. alle ouders hebben een onderhoudsverplichting jegens het kind;
5. alle ouders hebben meeroudergezag;
6. de geschillenregeling is toegankelijk voor alle ouders.

De SHO heeft een schets van een wetsvoorstel toegevoegd aan haar advies.²² Dit wetsvoorstel betreft slechts de titels 1.1, 1.11, 1.12 en 1.14 BW over algemene bepalingen, afstamming, adoptie en gezag, waarbij titel 1.12 BW betreffende adoptie wordt geschrapt en zijn inhoud wordt geïncorporeerd in titel 1.11 BW betreffende verwantschap, de nieuwe term voor afstamming. Aanpassing van andere titels van Boek 1 BW, zoals de titels 1.2 en 1.17 BW inzake naam en levensonderhoud, aanpassing van Boek 4 BW inzake erfrecht en aanpassing van bijzondere wetten in formele zin, zoals fiscale wetten en de Rijkswet op het Nederlanderschap, vielen buiten de opdracht aan de SHO. Deze aanpassingen zullen plaatsvinden in het vervolgtraject, waarin diverse wetsvoorstellen bij de Tweede Kamer zullen worden ingediend. Zo kan ik mij wat het erfrecht betreft voorstellen dat met name het versterkerfrecht in de tweede groep van erfgenamen (art. 4:10 lid 1 aanhef en onder b i.v.m. art. 4:11 lid 3 BW) wordt gewijzigd. Als een kind na invoering van het meerouderschap overlijdt en vier ouders en een of meer broers en zusters als erfgenamen achterlaat, zouden de broers en zusters niets erven vanwege het gegarandeerde kwart van de ouders. Dat is niet meer van deze tijd. Dit gegarandeerde kwart mag van mij onmiddellijk worden afgeschaft. Ouders, broers en zusters behoren evenveel te erven; wellicht behoren broers en zusters zelfs meer dan ouders te erven. En wat te denken van de legitieme portie? Ook die zou ter gelegenheid van de noodzakelijke aanpassingswetgeving kunnen worden heroverwogen. Men denke in dit verband ook aan de afschaffing van de legitieme portie in Curaçao sinds 2012. Verder is een kind onderhoudsplichtig jegens zijn ouders ingeval deze behoeftig zijn (art. 1:392 lid 1 aanhef en onder b en lid 2 BW). Na invoering van het meerouderschap betekent dit dat een kind in beginsel jegens vier behoeftige ouders onderhoudsplichtig is. Ten aanzien hiervan heeft de SHO in ieder geval reeds aanbevolen deze algemene onderhoudsverplichting te heroverwegen (aanbeveling 67).²³ Zo ziet men dat de introductie van nieuwe rechtsfiguren ook nieuwe kansen biedt om bestaande rechtsfiguren nog eens goed tegen het licht te houden en te heroverwegen.

Mocht het meerouderschapstraject niet vóór de geboorte van het kind zijn voltooid, dan biedt de nieuwe rechtsfiguur van eenvoudige adoptie uitkomst. De SHO stelt namelijk voor om naast de sterke of volle adoptie de zwakke of eenvoudige adoptie te introduceren, waarbij zij de voorkeur geeft aan de term ‘eenvoudige adoptie’ vanwege de negatieve connotatie van de term ‘zwakke adoptie’. In geval van volle adoptie wordt de juridische band – de familierechtelijke betrekking – met de oorspronkelijke ouder doorgesneden en vervangen door een juridische band met de adoptiefouder (art. 1:229 leden 1 en 2 BW). In geval van eenvoudige adoptie blijft de juridische band met de oorspronkelijke ouder intact en ontstaat hiernaast ook een juridische band met de adoptiefouder. De eenvoudige adoptie kan ook in geval van pleegzorgsituaties van belang zijn. Ontstaat het meeroudergezag niet vanaf de geboorte van het kind, omdat het meerouderschapstraject voordien niet was voltooid, dan kan meerpersoonsgezag op gezamenlijk verzoek van alle betrokkenen – en met toestemming van het kind van acht jaar of ouder – door de rechter worden vastgesteld, waarbij wordt aangesloten bij de

²² Rapport, bijlage I, p. 491-557, waarin wetteksten met een korte artikelsgewijze toelichting zijn opgenomen.

²³ Rapport, p. 18 en 486.

voorwaarden die gelden voor meerouderschap. Overigens wordt de situatie voor personen die handelen met ouders en voogden in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van minderjarige kinderen, gezagsrechtelijk niet ingewikkelder dan naar huidig recht het geval is. De SHO stelt immers *niet* voor om de art. 1:253i lid 1 slot en 337a lid 1 slot BW te wijzigen, hetgeen concreet betekent dat ook één van de vier gezagsdragers handelingsbevoegd is, mits niet van bezwaren van de andere gezagsdragers is gebleken.²⁴

Men zie over dit alles in het bijzonder de aanbevelingen 35, 36 en 41 van de SHO.²⁵

4. Draagmoederschap

Ook in geval van draagmoederschap neemt de SHO als uitgangspunt dat de genetische band én de intentie beide een gelijkwaardige rol spelen bij de toekenning van ouderlijke verantwoordelijkheid.²⁶ Kinderen hebben dus ook hier belang bij ouders die bewust de verantwoordelijkheid nemen om hen te verzorgen en op te voeden. De SHO acht een wettelijke regeling voor draagmoederschap wenselijk, omdat deze rechtszekerheid aan kind en draagmoeder biedt en informatie over de ontstaansgeschiedenis van het kind en een zorgvuldig proces waarborgt met respect voor de menselijke waardigheid. Zonder een wettelijke regeling zijn immers alle betrokkenen kwetsbaar en bestaat het risico op uitbuiting van de draagmoeder, kinderhandel en staatloosheid van het kind. Men heeft in dit verband slechts te kijken naar de thans gangbare praktijken in Oekraïne en India.

De SHO stelt voor onder strikte voorwaarden een wettelijke regeling voor draagmoederschap in te richten, waarmee wensouders vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind juridisch ouder worden. Deze voorwaarden gelden voor zowel hoogtechnologisch draagmoederschap (IVF-draagmoederschap, dus de vruchtbaarheidsbehandeling waarbij de bevruchting buiten het lichaam tot stand komt) als laagtechnologisch draagmoederschap (traditioneel draagmoederschap, dus draagmoederschap waarbij de zwangerschap door middel van geslachtsgemeenschap of met behulp van kunstmatige inseminatie tot stand wordt gebracht).²⁷

De belangrijkste voorwaarden zijn:

1. er moet sprake zijn van vrije instemming van de draagmoeder (geboortemoeder);
2. voor het kind moet de mogelijkheid bestaan om zijn ontstaansgeschiedenis in het in het leven te roepen register ontstaansgeschiedenis (ROG) te achterhalen;
3. er moet genetische verwantschap van ten minste één wensouder met het kind bestaan;
4. er moet verplichte voorlichting voor wensouders en draagmoeder plaatsvinden;
5. de risico's voor de draagmoeder moeten zijn afgedekt;

²⁴ Rapport, p. 556-557.

²⁵ Rapport, p. 14, 15, 434, 438 en 447.

²⁶ Rapport, hoofdstuk 8, p. 257-299, waarin draagmoederschap binnen Nederland is besproken.

²⁷ Rapport, p. 561-563.

6. de afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders moeten vóór de conceptie in een draagmoederschapsovereenkomst worden neergelegd en ter goedkeuring aan de rechter worden voorgelegd;
7. voor de draagmoeder moet goed worden gezorgd en daarom behoren een onkostenvergoeding en daarnaast een algemene vergoeding voor ongemak, pijn en inspanningen tot de mogelijkheden, zij het dat laatstbedoelde vergoeding is gebonden aan een wettelijk maximum van €500,- per maand voor de periode van de zwangerschap en een korte periode daarvoor en daarna, welke vergoeding vooraf of maandelijks zou moeten worden betaald om te voorkomen dat deze de aard krijgt van een beloning voor de overdracht van het kind, mits de rechter de onkostenvergoeding en de algemene vergoeding heeft goedgekeurd.

De wensouders zijn dus vanaf de geboorte van het kind de juridische ouders en oefenen vanaf dit tijdstip gezamenlijk het gezag over het kind uit. De namen van de wensouders komen in de geboorteakte te staan, terwijl de gegevens van de draagmoeder in het ROG worden opgenomen. De wensouders hebben slechts zeer beperkte mogelijkheden om zich terug te trekken uit de draagmoederschapsovereenkomst, te weten in geval van bedrog of dwaling, bijvoorbeeld indien de draagmoeder gebruik heeft gemaakt van het zaad van haar eigen partner in plaats van het zaad van de wensvader. De draagmoeder wordt dus in beginsel niet juridisch ouder, maar tot het tijdstip van de geboorte van het kind en gedurende zes weken daarna kan zij een verzoek richten tot de rechter (er is dus een tweede rechterlijke toets) om de draagmoederschapsovereenkomst te ontbinden en de eventueel reeds opgemaakte akte(n) van aanvaarding van het ouderschap – niet alleen de nieuwe term voor erkenning (aanvaarding van het ouderschap door één persoon), maar ook de nieuwe term in geval van meerouderschap en aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap²⁸ – te doen doorhalen en aan haarzelf het juridisch ouderschap toe te kennen.

De SHO stelt in dit verband nog enkele strafrechtelijke en medische randvoorwaarden. Zij adviseert niet alleen kinderkoop afzonderlijk strafbaar te stellen, maar ook het doen van betalingen aan de draagmoeder die de door de rechter goedgekeurde bedragen te boven gaan, strafbaar te stellen. Bemiddeling zonder winstoogmerk moet onder voorwaarden worden toegestaan. Er zouden voorts meer centra moeten komen die IVF-draagmoederschap aanbieden, en de overheid zou zich moeten beraden op de financiering van complexere IVF-behandelingen.

Teneinde draagmoederschapstoerisme te voorkomen moet de draagmoederschapsregeling enkel toegankelijk zijn indien ten minste één van de wensouders en de draagmoeder in Nederland wonen. Ten slotte komt internationaal draagmoederschap in aanmerking voor erkenning in Nederland, mits dit is tot stand gekomen na een rechterlijke toets en mits dit ook overigens voldoet aan de uitgangspunten van de Nederlandse regeling, te weten waarborgen voor vrije instemming van de geboortemoeder,

²⁸ Zie hierna onder punt 5 bij afdeling 1.11.3 BW (nieuw).

waarborgen voor achterhaalbaarheid van de ontstaansgeschiedenis voor het kind en ten minste één wensouder is genetisch ouder.

Men zie over dit alles in het bijzonder de aanbevelingen 48 tot en met 65 van de SHO.²⁹

5. Opbouw titel 1.11 BW (nieuw)

Wat de door de SHO ontworpen schets van wetteksten betreft, verdient vooral de opbouw van de nieuwe titel 1.11 BW (verwantschap, de nieuwe term voor afstamming, dus de huidige juridische bloedverwantschap of familierechtelijke betrekking) de aandacht, omdat deze grote verschillen met de huidige titel 1.11 BW (afstamming) laat zien.³⁰ Op deze plaats volsta ik met een opsomming van de desbetreffende afdelingen van deze titel met vermelding van de nieuwe wetsartikelen, zodat men in één oogopslag kan zien dat de hierin te regelen materie zeer overzichtelijk is geordend. De opbouw is logisch en ook is het een goede zaak dat de adoptie naar deze titel is overgeheveld.

Titel 1.11 BW. Verwantschap (art. 1:197-228 BW)

Afdeling 1.11.1 BW. Algemeen en begripsbepalingen (art. 1:197 en 197a BW)

Afdeling 1.11.2 BW. Ouderschap van rechtswege (art. 1:198 BW)

Afdeling 1.11.3 BW. Aanvaarding van het ouderschap (art. 1:199-210 BW)

Paragraaf 1.11.3.1 BW. Algemeen (art. 1:199 en 200 BW)

Paragraaf 1.11.3.2 BW. Aanvaarding door één persoon (art. 1:201 BW)

Paragraaf 1.11.3.3 BW. Ouderschap van meer dan twee personen (art. 1:202-204 BW)

Paragraaf 1.11.3.4 BW. Aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap (art. 1:205-210 BW)

Afdeling 1.11.4 BW. Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (art. 1:211 en 212 BW)

Afdeling 1.11.5 BW. Ouderschap door adoptie (art. 1:213-217 BW)

Afdeling 1.11.6 BW. Tenietgaan van ouderschap (art. 1:218-224 BW)

Afdeling 1.11.7 BW. Inroeping of betwisting van staat (art. 1:225-227 BW)

Afdeling 1.11.8 BW. De bijzondere curator (art. 1:228 BW)

6. Ten slotte

²⁹ Rapport, p. 16-18 en 456-483.

³⁰ Rapport, p. 494-527. In titel 1.1 BW (algemene bepalingen), om precies te zijn in art. 1:3 BW, is 'bloedverwantschap' dan ook vervangen door 'verwantschap' ('aanverwantschap' blijft ongewijzigd) en is 'erkenning' vervangen door 'aanvaarding van het ouderschap', een fraaiere term dan erkenning, omdat deze beter de intentie weergeeft en van genetische bloedverwantschap geen sprake behoeft te zijn; zie rapport, p. 493-494.

De SHO heeft door middel van haar rapport gesproken. Het echte werk begint nu pas: de wetgever is aan zet. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage – januari 2017 – was de verkiezing van de leden van de nieuwe Tweede Kamer nog niet achter de rug, laat staan de formatie van een nieuw kabinet. Het zou zomaar kunnen gebeuren dat, als het CDA, de CU en/of de SGP deel gaan uitmaken van het nieuwe kabinet, het rapport van de SHO vier jaar op de plank blijft liggen. Deze partijen hebben immers onmiddellijk na de presentatie van het rapport op 7 december 2016 laten weten bepaald niet enthousiast te zijn over de voorstellen van de SHO. Zelf hoop ik echter dat een nieuw kabinet snel werk gaat maken van een wetsvoorstel, want ik vind dat het rapport van de SHO een solide basis biedt voor een wettelijke regeling van de nieuwe rechtsfiguren meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap, maar ik moet toegeven dat ik in deze aangelegenheid niet geheel objectief ben.